

Tilburg University

De civiele kamer van de Hoge Raad stelt prejudiciële vragen

Loth, Marc; Krommendijk, Jasper

Published in:
Rechtsgeleerd Magazijn Themis

Publication date:
2019

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Loth, M., & Krommendijk, J. (2019). De civiele kamer van de Hoge Raad stelt prejudiciële vragen: Analyse en suggesties. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 180(4), 139 - 153.
https://www.uitgeverijparis.nl/scripts/read_article_pdf?editie=205618&id=1001433355

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

De Hoge Raad stelt prejudiciële vragen; bouwstenen voor een checklist

Jasper Krommendijk, Marc Loth

Inleiding

Op 15 en 16 juni 2018 heeft de civiele kamer van de Hoge Raad zich in retraite bezonnen op een aantal aspecten van haar functioneren. Daartoe behoorde onder meer het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJ van de Europese Unie (verder: HvJ), waaraan de zaterdagochtend is besteed. Het doel van de bijeenkomst was te onderzoeken of de Hoge Raad vaker of minder vaak prejudiciële vragen zou moeten stellen, aan welke vereisten een uitspraak waarin prejudiciële vragen worden gesteld zou moeten voldoen, of partijen (in alle gevallen) de gelegenheid dienen te krijgen zich over de vraagstelling uit te laten, en of de Hoge Raad vaker in zijn verwijzingsarrest zelf zou dienen aan te geven hoe de gestelde vragen naar zijn oordeel beantwoord moeten worden. De auteurs van deze bijdrage werden aangezocht om deze bijeenkomst voor te bereiden en te leiden.

Deze bijdrage is de vrucht van die bijeenkomst, de voorbereiding, en de resultaten daarvan. Ter voorbereiding is gekozen voor een tweeledige aanpak. In de eerste plaats zou de discussie worden gevoerd aan de hand van een tiental stellingen met betrekking tot de verschillende relevante aspecten van het stellen van prejudiciële vragen. Voorts zouden die stellingen en de daarover gewisselde inzichten worden vastgelegd in evenzovele onderdelen van een checklist voor het stellen van prejudiciële vragen. Die checklist dient ertoe om bij de beantwoording van de vraag of prejudiciële vragen dienen te worden gesteld - en zo ja, hoe dat dient te gebeuren - alle relevante gezichtspunten onder ogen te zien. Zij is uitdrukkelijk niet als een algoritme bedoeld dat volgens een vaste werkwijze tot vooraf vastgelegde uitkomsten leidt, maar eerder als een geheugensteun ('aide memoire') om geen relevante gezichtspunten over het hoofd te zien. Over een of meer van de genoemde gezichtspunten kan in raadkamer natuurlijk discussie ontstaan, al dan niet in combinatie met een discussie over de materiële aspecten van de zaak. De checklist beoogt niet meer of minder dan die discussie in goede banen te leiden door daarvoor een geschikte agenda te bieden.

Als voorbereiding op de genoemde retraitebijeenkomst hebben de auteurs de 14 prejudiciële verwijzingen van de Hoge Raad sinds 2013 tot en met juni 2018 onderzocht (zie tabel 1).¹ Deze verwijzingen zijn geanalyseerd in het licht van de richtlijnen van het HvJ, de verwijzingspraktijk van andere hoogste rechters, en aanknopingspunten in de literatuur. Dat levert een beeld van de verwijzingspraktijk van de Hoge Raad op die in deze bijdrage wordt samengevat. Daarnaast put deze bijdrage uit interviews die Jasper Krommendijk heeft afgenomen in het kader van zijn onderzoeksproject. Hij heeft acht interviews gehouden met (oud-)raadsheren van de civiele kamer (vijf) en (oud-) A-G's (drie).² In deze bijdrage presenteren wij de genoemde checklist c.q. de stellingen waaruit die is opgebouwd. Deze checklist kan – zoals gezegd – voor de Hoge Raad maar ook andere hoogste rechters een hulpmiddel zijn bij de afweging of een prejudiciële verwijzing dient te volgen en – zo ja – hoe de prejudiciële vragen dienen te worden gesteld.³

¹ Dit betekent dat de drie verwijzingen nadien niet zijn meegenomen. Het betreft hier vragen over de Gemeenschapsmodelverordening (HR 2 november 2018, ECLI:HR:2018:2027), de Detacheringsrichtlijn (HR 23 november 2018, ECLI:HR:2018:2174 (*FNV/Silo-Tank kft*)) en Verordening Brussel I-bis (HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:292 (*Supreme Site Services*)).

² Om de anonimiteit van de geïnterviewden te garanderen wordt de identiteit niet onthuld. Een getal tussen 0 en 100 is willekeurig toebedeeld aan de geïnterviewden om op die manier wel inzichtelijk te kunnen maken in voetnoten op basis waarvan bepaalde uitspraken worden gedaan. Zie verder J. Krommendijk, 'De civiele kamer en de prejudiciële procedure: kritisch doch loyaal aan het Hof van Justitie', *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* (2019), p. 1-14.

³ Uit interviews van Krommendijk bleek al dat er geen vast protocol of stappenschema is dat wordt gehanteerd, maar dat veel afhangt van de concipiënt die een conceptuitspraak schrijft en de beschikbare tijd. Interview 27; vgl. F. Bakels, 'Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad', *Ars Aequi* 2015, p. 927-938, p. 931-932.

Tabel 1: overzicht van de door de civiele kamer verwezen zaken met bijbehorende vindplaatsen

Naam van de zaak	Uitspraak Hoge Raad voor verwijzing	Uitspraak Hof van Justitie	Uitspraak Hoge Raad na verwijzing
<i>Hauck</i>	HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1533	HvJ EU 18 september 2014, C-205/13, ECLI:EU:C:2014:2233	HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3394
<i>Commerz Nederland</i>	HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6102	HvJ EU 17 november 2014, C-242/13, ECLI:EU:C:2014:2224	HR 27 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:994
<i>Art & Allposters International</i>	HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0265	HvJ EU 22 januari 2015, C-419/13, ECLI:EU:C:2015:27	(Vermoedelijk) nog niet verschenen.
<i>Diageo Brands</i>	HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2062	HvJ EU 16 juli 2015, C-681/13, ECLI:EU:C:2015:471	HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1431
<i>Ryanair</i>	HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:88	HvJ EU 15 januari 2015, C-30/14, ECLI:EU:C:2015:10	HR 11 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:390
<i>Holterman Ferho Exploitatie</i>	HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:164	HvJ EU 10 september 2015, C-47/14, ECLI:EU:C:2015:574	HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:133
<i>Massar</i>	HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2901	HvJ EU 7 april 2016, C-460/14, ECLI:EU:C:2016:216	HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2017
<i>Universal Music International Holding</i>	HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:36	HvJ EU 16 juni 2016, C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449	HR 15 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2358
<i>GS Media</i>	HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:841	HvJ EU 8 september 2016, C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644	(Vermoedelijk) nog niet verschenen.
<i>Connexion Taxi Services</i>	HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:757	HvJ EU 14 december 2016, C-171/15, ECLI:EU:C:2016:948	(Vermoedelijk) nog niet verschenen.
<i>Stichting Brein</i>	HR 13 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3307	HvJ EU 14 juni 2017, C-610/15, ECLI:EU:C:2017:456	(Vermoedelijk) nog niet verschenen. Wel beschikbaar is conclusie A-G: PHR 16 maart 2018, ECLI:NL:PHR:2018:202
<i>Synthon</i>	HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2834	HvJ EU 23 januari 2018, C-644/16, ECLI:EU:C:2018:61 Opmerking: HR heeft verzoek om een prejudiciële beslissing ingetrokken.	(Vermoedelijk) nog niet verschenen.
<i>Rosbeek</i>	HR 8 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2269	HvJ 6 februari 2019, C-535/17, ECLI:EU:C:2019:96	-

1. Wel/niet verwijzen. Bij de beslissing om wel of niet te verwijzen kunnen en mogen – binnen het juridische kader van verdedigbare interpretaties van de *Cilfit*-criteria – ook andere motieven (bijvoorbeeld van strategische aard) en belangen (bijvoorbeeld van zaaksgebonden aard) een rol spelen.

De beslissing van een hoogste rechter om een zaak te verwijzen wordt beheerst door de welbekende *Cilfit*-criteria.⁴ Ingevolge art. 267 VWEU kan de rechter – en moet de hoogste rechter – de zaak verwijzen naar het HvJ indien hij een beslissing over de uitleg of geldigheid van het Unierecht noodzakelijk acht voor het wijzen van het vonnis of arrest. Deze verwijzingsverplichting moet worden gezien in het kader van de samenwerking tussen de nationale rechter en het HvJ en is derhalve geen rechtsmiddel ten behoeve van partijen.⁵ Zij strekt ter verzekering van de juiste toepassing en de eenvormige uitleg van het Unierecht in

⁴ HvJ 6 oktober 1982, 283/81 ECLI:EU:C:1982:335 (*Cilfit*).

⁵ *Ibid.*, punt 9.

alle lidstaten. De verplichting tot verwijzing lijdt evenwel uitzondering indien (i) de vraag niet relevant is voor de beslechting van het geschil, (ii) de vraag reeds is door het HvJ is beantwoord (*acte éclairé*), of dat (iii) redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan omtrent de wijze waarop de vraag moet worden beantwoord (*acte clair*). Verder vermeldt het *Cilfit*-arrest dat de uitleg van een bepaling van Unierecht een vergelijking van de verschillende taalversies van haar tekst vereist en dat elke bepaling in haar context moet worden begrepen. Een strikte lezing van dat arrest - gewezen in 1982 toen de EEG nog slechts tien lidstaten telde - brengt mee dat nationale rechters tegenwoordig 24 verschillende taalversies zouden moeten nazien, en de kwestie in de context zouden moeten plaatsen van maar liefst 28 verschillende rechtstelsels. Er is al veelvuldig beargumenteerd dat de eisen van het HvJ niet absoluut dienen te worden opgevat, omdat een dergelijke strikte lezing de kans dat er ooit van een “echte” *acte clair* sprake is even klein maakt als de kans een eenhoorn tegen te komen.⁶

De rolverdeling in de prejudiciële procedure is dat de nationale rechter bevoegd is om over de noodzaak, de vorm en inhoud van de prejudiciële vragen te beslissen, het HvJ die vragen beantwoordt en daarmee de uitleg en geldigheid van het Unierecht bepaalt, en ten slotte de nationale rechter die antwoorden toepast in de oplossing van de voorliggende zaak. Binnen dit kader heeft de nationale rechter derhalve de discretionaire ruimte om te beslissen of hij een zaak wel of niet verwijst, zoals hierna uitgebreid zal worden besproken. De enkele omstandigheid dat andere nationale rechters tegenstrijdige beslissingen hebben gegeven, is daarvoor op zichzelf niet beslissend.⁷ Ook de omstandigheid dat een andere rechter in een soortgelijk geval het wél nodig heeft geoordeeld vragen te stellen, is niet doorslaggevend om een verwijzingsplicht aan te nemen.⁸ Het is uitsluitend een zaak van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd om, gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing te beoordelen, als de relevantie van de vragen die hij stelt. Dat laat derhalve voldoende ruimte voor het meewegen van andersoortige overwegingen, zoals bijvoorbeeld zaaksgebonden overwegingen.

Volgens vaste rechtspraak van het HvJ geldt geen verwijzingsplicht voor een kort geding⁹, zodat ‘er iets bijzonders aan de hand’ moet zijn voordat de kamer een zaak in kort geding verwijst.¹⁰ Wat zou dat kunnen zijn? In een kort geding kijkt de Hoge Raad eerder naar de wens van partijen en zal er bijvoorbeeld sneller worden verwezen als het om een proefprocedure gaat.¹¹ Zo was een bijkomende reden om te verwijzen in het kort geding in *Synthon* dat partijen zelf hadden aangedrongen op vragen.¹² Als het kort geding daadwerkelijk spoedeisend is, dan zal daarentegen weer eerder worden afgezien van verwijzing.¹³ Ook het gewicht en de relevantie van de vraag spelen (een grotere) rol dan in bodemzaken. Er zal eerder worden verwezen als het een volkomen onontgonnen terrein is.¹⁴ Zo verwijst de Hoge Raad eerder in een kort geding als weinig zaken in een bodemprocedure hem bereiken, zoals bijvoorbeeld in aanbestedingszaken. In zo’n geval is het idee bij de civiele kamer dat ‘we de kans moeten grijpen’.¹⁵ Het is mede daarom dat *Connexion Taxi Services* is verwezen, ‘anders komen dit soort zaken nooit bij het HvJ terecht’.¹⁶ De Hoge Raad lijkt zich daarnaast in een kort geding meer vrijheid te gunnen om slechts zaken te verwijzen die zich daartoe goed lenen. Een mogelijk voorbeeld hiervan is *Ricoh*. In deze zaak over de aanbesteding van

⁶ Aldus A-G Wahl in HvJ 9 september 2015, zaken C-72/14 en C-197/14, ECLI:EU:C:2015:319 (*X. en van Dijk*), punten 53, 62 en 67.

⁷ HvJ 9 september 2015, C-160-14, ECLI:EU:C:2015:565 (*Ferreira da Silva*).

⁸ HvJ 9 september 2015, zaken C-72/14 en C-197/14, ECLI:EU:C:2015:564 (*X. en van Dijk*).

⁹ HvJ 27 oktober 1982, zaken 35/82 en 36/82, ECLI:EU:C:1982:368 (*Morson en Jhanjan*), punten 8 en 9; dit wordt ook vaak als (bijkomende) reden aangevoerd door A-Gs. Zie bijv. A-G van Peursem in ECLI:NL:PHR:2016:866 (*Synthon*)

¹⁰ Zoals blijkt uit door Jasper Krommendijk afgenomen interviews van leden van de civiele kamer. Krommendijk 2019, p. 9-10; interview 45, 59.

¹¹ Interview 75, 87.

¹² Interview 27.

¹³ Interview 75, 87.

¹⁴ Interview 41, 59, 75, 87.

¹⁵ Interview 27, 48, 59, 87.

¹⁶ interview 27, 59; vgl. Verkade onder *NJ* 2015/291.

printers, waarbij het bod van de als eerste geëindigde inschrijver naderhand ongeldig bleek te zijn, is niet verwezen, ondanks dat A-G daartoe wel mogelijkheden zag vanwege twijfel over de uitleg van EU-recht.¹⁷ In de literatuur is daar later ook kritiek op gekomen.¹⁸ De A-G adviseerde om niet te verwijzen, omdat – naast het feit dat sprake was van een kort geding – in cassatie niet was ingegaan op de ‘rangordeparadox’ en de cassatiemiddelen beperkt van opzet waren.¹⁹

Naast zaaksgebonden redenen om te verwijzen kunnen ook rechtsvormende redenen een rol spelen. Betreft het een incidenteel probleem, of juist een principiële rechtsvraag? Een voorbeeld biedt de zaak *Diageo Brands*, waarin de Hoge Raad aan het HvJ de vraag voorlegde of het gehouden was om een Bulgaars vonnis te erkennen op grond van het beginsel van wederzijds vertrouwen als er aanleiding is te veronderstellen dat dit vonnis onjuist is, of zelfs op onzuivere wijze tot stand is gekomen. Uit het verwijzingsarrest spreekt een zekere urgentie; ‘U kunt toch niet menen dat het Bulgaarse vonnis hier geëxecuteerd moet worden?’ Dat zegt iets over de motieven voor de verwijzing. Zo stelde een geïnterviewde dat door deze zaak te verwijzen aandacht in Luxemburg werd gevraagd voor de onafhankelijkheid van de rechtspraak in sommige lidstaten en dat deze verwijzing wellicht zou bijdragen aan de rechtsstatelijkheid en daarmee zelfs aan vrede en veiligheid in Europa.²⁰ Een andere geïnterviewde erkende, na doorvragen, dat *Diageo Brands* een ‘politieke ondertoon’ had aangezien hier in feite een andere lidstaat de maat werd genomen.²¹ Voor raadsheren is het natuurlijk niet vanzelfsprekend om dit toe te geven. De leden van de civiele kamer zeggen vooral om juridisch-inhoudelijke redenen te verwijzen²², en motieven van strategische aard te verwerpen.²³ Maar de zaak *Diageo Brands* laat zien dat de werkelijkheid soms harder is dan de leer. Daar is ook helemaal niets mis mee.

Andere rechters komen soms openlijk uit voor een strategisch motief om een zaak naar het HvJ te verwijzen. Zo betoogden Vincent Glerum en Kees Klomp onlangs dat de Internationale Rechtshulpkamer van de Rechtbank Amsterdam een aantal zaken heeft verwezen naar het HvJ om steun te verwerven voor haar uitleg van de Overleveringswet.²⁴ Volgens de Internationale Rechtshulpkamer is de Overleveringswet in een aantal opzichten in strijd met het Kaderbesluit 2002/584/JBZ betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten. Vanaf augustus 2015 tot en met september 2016 heeft zij in maar liefst 7 zaken prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ, en langs die weg steun verworven voor haar uitleg van de Overleveringswet, niet alleen in de richting van de Hoge Raad, maar ook in die van de wetgever. De Internationale Rechtshulpkamer heeft dus verwezen met de strategische bedoeling om door tussenkomst van het HvJ haar uitleg van de relevante wetgeving te doen prevaleren.²⁵ Met een dergelijke strategische motivatie om te verwijzen is niets mis zolang zij binnen de kaders van de *Cilfit*-criteria blijft. Sterker nog, men kan zich afvragen of de civiele kamer zich soms niet ook wat nadrukkelijker mag doen gelden in het verkeer met het HvJ.²⁶ Zo bleek uit interviews bij de civiele kamer ongenoegen over de rechtspraak van het HvJ ten aanzien van het IE-rechtelijke begrip ‘mededeling aan het publiek’. Twee geïnterviewden wezen er op dat er ‘geen touw meer vast te knopen’ is aan de jurisprudentie van het HvJ. De inconsistentie hangt samen met het feit dat het HvJ lijkt te ‘schrikken’ van bepaalde uitspraken en dan ‘op het rempedaal gaat staan’ om daarna weer opnieuw te versnellen. Als gevolg daarvan is het lastig om met die rechtspraak verder te komen.²⁷ Uit de verwijzingsuitspraken van de Hoge Raad in *GS Media* en *Stichting Brein* blijkt evenwel niets van dit ongenoegen. Het zou de communicatie en

¹⁷ HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1078 (*Ricoh*).

¹⁸ Mutsaerts onder JAAN 2014/125.

¹⁹ A-G Keus in ECLI:NL:PHR:2014:31 (*Ricoh*), r.o. 3.40; vgl. Jansen onder NJ 2016/342.

²⁰ Interview 59.

²¹ interview 27.

²² Interview 41, 59, 75.

²³ Zie uitgebreider Krommendijk 2019, p. 4-6.

²⁴ V. Glerum en K. Klomp, ‘Reflecties van de Internationale Rechtshulpkamer’, *Trema* (2019).

²⁵ J. Krommendijk en M. Loth, *Europese rechters in gesprek, verhalende annotaties*, Den Haag: Bju 2018, p. 28-36.

²⁶ Zie M.A. Loth, ‘De Hoge Raad in dialoog, over rechtsvorming in een gelaagde rechtsorde’, oratie Tilburg University 2014, p. 17 en 18.

²⁷ Interview 45, 87; vgl. A-G van Peursem in ECLI:NL:PHR:2015:729 (*Stichting Brein*).

daarmee de rechtsvorming ten goede komen indien de kamer in haar verkeer met het HvJ explicieter zou zijn over haar standpunten en voorkeuren.

Ook zou de Hoge Raad vaker vervolgvragen kunnen stellen wanneer een antwoord niet duidelijk is of überhaupt niet gegeven is, of wanneer men het er niet mee eens is. De civiele kamer is terughoudend om vervolgvragen te stellen en heeft dit tot nu toe bewust vermeden. Recentelijk is dit recept echter met succes beproefd door de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State. Het HvJ had namelijk de vragen van de Afdeling over de Dienstenrichtlijn en puur interne situaties ontweken in de zaak *Trijber en Harmsen*. De Afdeling zag zich genoodzaakt om de kwestie opnieuw aan het HvJ voor te leggen.²⁸ Met zijn uitspraak in de Appingedamse Visser Vastgoed-zaak liet het HvJ vervolgens zien dat het dit keer wèl goed had geluisterd naar de Afdeling. Terwijl een kamer van vijf rechters de eerste keer de vraag nog met één overweging had afgedaan, werden de vervolgvragen na een hoorzitting door de Grote Kamer op uitgebreide en inzichtelijke wijze beantwoord.²⁹ Kennelijk loonde het de moeite om hier vervolgvragen te stellen. Natuurlijk leveren die vervolgvragen niet altijd bevredigende vervolgentwoorden op, maar zo ontstaat er in ieder geval wel een dialoog waarin ook door de verwijzende rechter de voorwaarden en grenzen aangegeven kunnen worden. Waar dat toe kan leiden toont het Duitse Bundesverfassungsgericht in de zaak *Gauweiler* waarin het (voor de eerste keer overigens) prejudiciële vragen stelde aan het HvJ. Gelet op zijn eerdere jurisprudentie (de zaak *Honeywell*³⁰) had deze verwijzing overigens niet zozeer de strekking om de gezaghebbende interpretatie van het HvJ uit te lokken, maar veeleer om het HvJ te horen alvorens zelf te beslissen.³¹

2. Wel/niet verwijzen. Bij de beslissing om te verwijzen zou de kamer een meer autonome koers mogen varen dan zij thans doet door eerder aan te nemen dat sprake is van een *acte clair*, gelet op de rechtspraak van het HvJ in de zaken *Ferreira da Silva en X. en Van Dijk*.

De rechtspraak van het HvJ lijkt ruimte te bieden voor een meer autonome koers van nationale rechters, waarbij zaaksgebonden en rechtsvormende redenen worden meegewogen. Ook op dit punt zou de kamer inspiratie kunnen zoeken bij de Afdeling. Twee staatsraden, Sevenster en Wissels, betogen namelijk dat het HvJ in *X. en Van Dijk* en *Ferreira da Silva* meer ruimte laat aan de hoogste rechters en *Cilfit* soepeler lijkt toe te passen. Deze uitspraken zijn inderdaad door de Afdeling als bijkomend argument aangewend om te rechtvaardigen waarom een verwijzing niet noodzakelijk is.³² In *Ferreira da Silva* draaide het om de mogelijkheid tot het aansprakelijk stellen van de Staat voor de geleden schade door fouten van nationale rechters in strijd met het EU-recht, de zogenoemde *Köbler*-actie.³³ In dit arrest beoordeelde het HvJ of de verwijzingsplicht correct was nagevolgd door de hoogste Portugese rechter. Het HvJ hintte er vervolgens op dat een hoogste rechter zijn verplichtingen onder art. 267 VWEU niet was nagekomen door af te zien van een verwijzing aangezien ‘lagere rechterlijke instanties uiteenlopende beslissingen’ hadden genomen en de kwestie ook ‘herhaaldelijk moeilijkheden oplevert in de verschillende lidstaten’.³⁴ *X. en Van Dijk* was verwezen door de belastingkamer van de Hoge Raad en door het Gerechtshof ’s-Hertogenbosch. In deze zaak onderstreepte het HvJ allereerst dat het aan het ‘uitsluitende oordeel’ van de nationale rechter blijft om na te gaan in hoeverre de juiste toepassing van het Unierecht dermate voor de hand ligt dat er geen enkele ruimte voor redelijke twijfel bestaat. Het HvJ erkende vervolgens dat het enkele feit dat een lagere rechter twijfels koestert over de juiste interpretatie van het Unierecht en daarom een prejudiciële vraag stelt,

²⁸ HvJ 1 oktober 2015, zaken C-340/14 en C-341/14, ECLI:EU:C:2015:641 (*Trijber en Harmsen*).

²⁹ HvJ 30 januari 2018, zaken C-360/15 en C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44 (*X en Visser Vastgoed*).

³⁰ BVerfG 6 juli 2010, 2 2 BvR 2661/06 (*Honeywell*).

³¹ HvJ 16 juni 2015, C-62/14, ECLI:EU:C:2015:400 (*Gauweiler*).

³² H. Sevenster en C. Wissels, ‘Laveren tussen *Ferreira* en *Van Dijk*’, in M. Bosma, D. van Leeuwen en O. van Loon, *Graag nog even bespreken. Liber amicorum Henk Lubberdink*, Den Haag: Raad van State 2016, p. 83-93, p. 89.

³³ Bij *Köbler* ging het om staatsaansprakelijkheid in ‘het uitzonderlijke geval waarin de rechter het toepasselijke recht kennelijk heeft geschonden’. HvJ 30 september 2003, C-224/01 ECLI:EU:C:2003:513 (*Köbler*), punten, 53, 123-124.

³⁴ HvJ 9 september 2015, C-160/14, ECLI:EU:C:2015:565 (*Ferreira da Silva*), punten 44-45.

niet meebrengt dat er geen sprake meer kan zijn van *acte clair*.³⁵ Beide uitspraken lijken het dus gemakkelijker te maken voor de hoogste rechters om te oordelen dat er sprake is van een *acte clair*. Daar maakt de Afdeling dan ook gretig gebruik van. In twee uitspraken stelt de Afdeling bijvoorbeeld nadrukkelijk dat er geen sprake is van een situatie zoals bedoeld in *Ferreira da Silva* aangezien ‘het grootste deel’ van de lagere rechters tot een zelfde uitleg was gekomen als de Afdeling.³⁶ Ook het feit dat een kwestie in andere lidstaten anders is beoordeeld doet geen afbreuk aan het oordeel van de Afdeling dat sprake is van een *acte clair*.³⁷ In drie andere uitspraken stelt de Afdeling met referentie aan *X. en Van Dijk* dat de verwijzing van een lagere rechter niet meebrengt dat de *Cilfit*-voorwaarden niet meer worden vervuld.³⁸

Toch lijkt enige voorzichtigheid op zijn plaats, omdat in de literatuur ook is betoogd dat vooral *Ferreira da Silva* juist strenger lijkt dan *Cilfit*.³⁹ Een recente verwijzing door het CbB geeft wellicht blijk van deze interpretatie. Het CbB twijfelde namelijk expliciet aan zijn eerdere vaststelling van een *acte clair*, mede als gevolg van wat appellante had ingebracht indachtig *Ferreira da Silva*.⁴⁰ Appellante wees op tegenstrijdige uitspraken van Nederlandse rechterlijke instanties (CbB, gerechtshof en rechtbank) ten aanzien van het begrip ‘slachthuis’ waardoor het CbB ‘het geraden’ achtte om deze kwestie te verwijzen.⁴¹ Recentelijk constateerde het HvJ ook voor het eerst in een inbreukprocedure dat een lidstaat zijn verplichting op grond van art. 267, derde lid, VWEU niet was nagekomen omdat de hoogste rechter (de Franse Conseil d’État) ten onrechte had nagelaten om prejudiciële vragen te stellen. Het HvJ paste een strikte-*Cilfit* toets toe en oordeelde dat de Conseil d’État voor een uitleg van het EU-recht koos die later strijdig bleek met de uitleg door het HvJ. Volgens het HvJ ‘impliceert’ dit ‘dat niet kan worden uitgesloten dat op het moment van de uitspraak van de Conseil d’État redelijkerwijze ruimte was voor twijfel over deze uitlegging’.⁴² Het HvJ opteert voor een toetsingskader dat wel erg streng is voor de hoogste rechters. De situatie dat achteraf blijkt dat een uitleg van het EU-recht door de nationale rechter niet overeenkomt met de nadien gegeven uitleg van het HvJ komt in de praktijk met enige regelmaat voor. Het lijkt ons niet wenselijk dat zulke omissies per definitie een schending van art. 267 VWEU opleveren. De vraag is of het HvJ in de toekomst deze strenge lijn doortrekt aangezien het in casu niet gaat om een Grote Kamer uitspraak en de feiten ook dusdanig ernstig waren dat de vaststelling van een schending op zijn plaats lijkt.⁴³ Evenmin lijkt het ons wenselijk dat de hoogste rechter per definitie moet verwijzen als er tegenstrijdige uitspraken liggen, zoals het CbB aanstipte. Wat ons betreft is er enige ruimte om op basis van alle omstandigheden van het geval een afweging te maken. Dit betekent dat de kamer, net als de Afdeling, *Cilfit* met ‘gezond verstand’ kan toepassen, waarbij de vraag is of de kwestie ‘voldoende- dat wil zeggen: niet volledig, maar in aanzienlijke mate – *clair* of *éclairé* is’.⁴⁴

De vraag is hoe de civiele kamer *Cilfit* tot nu toe heeft toegepast. Het is niet gemakkelijk deze vraag te beantwoorden, temeer omdat de civiele kamer zelf niet (of nauwelijks) naar *Cilfit* of de uitzonderingen van *acte clair* en *éclairé* verwijst.⁴⁵ Geïnterviewden achtten het niet nodig om expliciet naar *Cilfit* te verwijzen (‘wij verwijzen ook niet naar *Haviltex*’) omdat iedereen het ook zonder dit ‘mantra’ wel begrijpt.⁴⁶ De kamer gaat in sommige verwijzingsuitspraken slechts impliciet in op *Cilfit* door bijvoorbeeld vast te stellen:

³⁵ HvJ 9 september 2015, zaken C-72/14 en C-197/14, ECLI:EU:C:2015:564 (*X. en van Dijk*), punten 58 en 60.

³⁶ ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:890, r.o. 11; ABRvS 13 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:891, *JV* 2016/194, m.nt. Kok, *AB* 2016/196, m.nt. Reneman, r.o. 8.

³⁷ ABRvS 13 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3231, *JV* 2017/59, m.nt. Schrauwen, r.o. 1.3. Zie ook met verwijzing naar de voorgaande Afdelingsuitspraak, Rb. Den Haag 16 mei 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:5164, r.o. 12.

³⁸ ABRvS 13 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1624; ABRvS 13 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1383; ABRvS 13 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1384.

³⁹ Sevenster & Wissels 2016, p. 87-88; M. Fierstra in *SEW* 2016/15.

⁴⁰ CbB 20 maart 2017, ECLI:NL:CBB:2017:69, r.o. 5.5.

⁴¹ CbB 6 februari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:10, r.o. 3.3 en 7.4.

⁴² HvJ 4 oktober 2018, C-416/17, ECLI:EU:C:2018:811 (*Commissie/ Frankrijk*), punt 112.

⁴³ Zie hierover uitgebreider Krommendijk in *JB* 2018/197 (binnenkort te verschijnen).

⁴⁴ Sevenster & Wissels 2016, p. 91.

⁴⁵ Dit werd ook erkend in interview 48.

⁴⁶ Interview 27, 87.

‘In de rechtspraak van het HvJEU is evenwel nog niet de vraag beantwoord...’.⁴⁷ Een recent voorbeeld waarin de civiele kamer geheel niet aanhaakt bij de terminologie van *Cilfit* of de uitzonderingsgronden is de *Becton/Braun* zaak. Uit interviews kwam naar voren dat de raadsheren dit een *acte éclairé* achtten, omdat de uitleg van het EU-recht uit de rechtsspraak van het HvJ kon worden afgeleid, ook al had het HvJ strikt genomen niets over de onderhavige casuspositie gezegd.⁴⁸ Op tamelijk impliciete wijze verwijst de Hoge Raad naar de uitzonderingsgronden: ‘De hiervoor in 3.3.8 vermelde argumenten die, gelet op de hiervoor in 3.3.5 aangehaalde overwegingen van het HvJEU in de zaak *Diageo/Simiramida*, ervoor pleiten ook de werkzaamheden verband houdend met een zuiver processuele kwestie als de onderhavige onder de werkingssfeer van art. 14 Handhavingsrichtlijn en art. 1019h Rv begrepen te achten, wegens zodanig zwaarder dan de tegenargumenten, dat in dit kort geding daarover geen prejudiciële vragen aan het HvJEU zullen worden gesteld. [...] Zoals reeds is beslist in de hiervoor in 3.3.5 genoemde prejudiciële beslissing van 3 juni 2016...’.⁴⁹ Een uitzondering van een zaak waarin expliciet is verwezen naar de *acte clair* en *acte éclairé* is *My Little Pony*, maar daar insinueert de HR een ‘tussenvorm’ van vermoedelijk *clair* of *éclairé* aangezien het in het midden laat of er daadwerkelijk sprake van is (‘voor zover...’).⁵⁰

Toch valt er wel iets te zeggen over de toepassing van *Cilfit* door de civiele kamer, met name op basis van interviews. De civiele kamer lijkt voorzichtiger dan de Afdeling. Meerdere geïnterviewden waren het niet eens met de stelling dat *Cilfit* pragmatisch zou (kunnen) worden toegepast.⁵¹ Zo stelde een geïnterviewde: ‘Je moet niet te snel denken dat wij met vijf verstandige mensen kunnen beslissen. [...] Je wilt ook niet dat een EU-recht deskundige zegt dat het aan het HvJ moest worden gelaten’.⁵² De civiele kamer is ook voorzichtiger dan verscheidene A-G’s. A-G van Peursem refereert daarnaast in meerdere conclusies aan de soepelere maatstaf van het ‘Köbler-risico’.⁵³ Onze indruk op basis van de literatuur is niet dat de civiele kamer nu teveel en onnodig vragen stelt, zoals dat soms wel eens wordt betoogd ten aanzien van andere rechters.⁵⁴ In de literatuur is er ook in vergelijking met andere rechters relatief weinig kritiek te vinden van de strekking dat de civiele kamer had moeten verwijzen.⁵⁵

Voorgaande uiteenzetting leert ons dat de kamer, enerzijds, nadrukkelijker de *Cilfit*-gronden in besluiten om wel en niet te verwijzen zou moeten opnemen (zie hierna onder stelling 3). Anderzijds bestaat er nog ruimte om binnen de kaders van de HvJ rechtspraak inzake *Cilfit* vaker met gezond verstand toe te passen. Wij stellen dan ook geen enorme koerswijziging voor. Een voorbeeld van een meer gedurfde aanpak is *Becton/Braun*. In deze zaak oordeelde de Hoge Raad dat werkzaamheden verband houdend met een zuiver processuele kwestie (over de vraag of de overschrijding van een appeltermijn tot niet-ontvankelijkheid dient te leiden) onder de werkingssfeer van art. 14 Handhavingsrichtlijn en art. 1019h Rv vallen. In dit geval was er sprake van een kort geding en geen verplichting om te verwijzen. Desalniettemin illustreert deze zaak dat de kamer soms ook zelf een knoop kan doorhakken, zeker wanneer het praktische belang gering is, zoals ook tijdens interviews werd aangegeven.⁵⁶ Wij kunnen ons goed indenken dat de HR in de toekomst terughoudender is met dergelijke verwijzingen en in lijn met *Becton/Braun* vaker zelf de knoop doorhakt.

⁴⁷ ECLI:NL:HR:2015:36 (*Universal Music*), r.o. 4.4; vgl. ECLI:NL:HR:2015:841 (*GS Media*).

⁴⁸ Interview 27.

⁴⁹ HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:721 (*Becton/ Braun*), r.o. 3.3.9 en 3.5.

⁵⁰ Verkade onder *NJ* 2015/291, randnr. 7.4.

⁵¹ Interview 41, 48; Krommendijk 2019, p. 3.

⁵² Interview 27.

⁵³ Zie bijv. A-G van Peursem in ECLI:NL:PHR:2014:2342 (*My Little Pony*). Zie uitgebreider Krommendijk 2019, p. 2-3 en 7.

⁵⁴ Zie bijv. ten aanzien van de veel verwijzende belastingkamer, J. Krommendijk, ‘De belastingkamer en prejudiciële verwijzingen naar het Hof van Justitie: de meest loyale rechter van de EU?’, *Maandblad Belastingbeschouwingen* (2018), p. 390-402.

⁵⁵ Zie hierover Krommendijk 2019, p. 3-4.

⁵⁶ Tijdens interviews werd niet dieper ingegaan op dit belang, maar het lijkt dat bedoeld werd op het feit dat ‘het materiële geschil is op geen enkele wijze van invloed op de beoordeling’ van de processuele kwestie. HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:721 (*Becton/ Braun*), r.o. 3.3.7; interview 27.

3. Niet verwijzen. Indien een van de partijen in een vroeg stadium en goed onderbouwd verwijzing heeft verzocht, of de A-G dat heeft geadviseerd, behoeft de beslissing om niet te verwijzen een uitgebreidere motivering dan de verkorte motivering op grond van art. 81 RO of art. 80a RO.

Er zijn dus gronden om een beslissing om niet te verwijzen explicieter te motiveren met een beroep op *Cilfit*. In dit kader is ook het EVRM van belang. De hoogste nationale rechters moeten op grond van art. 6, eerste lid, EVRM hun besluiten om geen prejudiciële vragen aan het HvJ voldoende motiveren in het licht van de *Cilfit*-uitsonderingsgronden, zeker wanneer een verzoek daartoe is gedaan door een van de partijen.⁵⁷ De gevolgen van de EHRM rechtspraak lijken echter beperkt voor de civiele kamer. In twee zaken heeft het EHRM zich uitgesproken over de mogelijkheid tot verkorte afdoening op grond van art. 81 RO; *Stichting Mothers of Srebrenica* en meer recent *Baydar*.⁵⁸ In de aangevochten uitspraak in *Baydar* oordeelde de Hoge Raad: ‘De middelen kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81, eerste lid, RO, geen nadere motivering nu de middelen niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.’⁵⁹ Het EHRM leidt hieruit af dat de standaardoverweging van art. 81 RO impliciet veronderstelt dat de HR erkent dat verwijzing naar het HvJ ook niet tot een andere uitkomst leidt.⁶⁰ Het EHRM stelt dat deze standaardoverweging toegestaan is mits duidelijk uit de omstandigheden van de zaak blijkt dat dit besluit niet arbitrair of onredelijk is (‘manifestly unreasonable’). Het EHRM past vervolgens een zeer magere procedurele toets toe om dit vast te stellen. Het gaat niet inhoudelijk op de redenering in en bekijkt dus niet of het (inhoudelijk) terecht was dat in de onderhavige zaak, gegeven alle omstandigheden, niet is verwezen en is volstaan met een standaardoverweging. Een expliciete verwijzing naar één van de drie *Cilfit*-gronden is niet doorslaggevend. Het EHRM kijkt naar het bredere plaatje om te beoordelen of het besluit arbitrair is. Waar het EHRM met name waarde aan hecht is het feit dat ingevolge art. 81 RO het beroep in cassatie door drie leden van een meervoudige kamer wordt behandeld en beslist. Daarnaast wees het EHRM op de schriftelijke conclusie van de A-G en de schriftelijke reactie van de verzoeker in de vorm van de Borgers-brief. Kortom, de boodschap van het EHRM is dus vooral dat de HR goed naar de zaak heeft gekeken en er een gedegen procedure aan de art. 81-afdoening ten grondslag ligt. Het HvJ heeft zich nog niet over de vereiste motivering bij een besluit om niet te verwijzen uitgelaten.⁶¹

Uit sommige EHRM-uitspraken komt naar voren dat een motivering vooral belangrijk is wanneer een van de partijen een concreet verzoek tot verwijzing heeft gedaan. In de uitspraken van de civiele kamer wordt in vergelijking met andere hoogste rechters relatief weinig stilgestaan bij het verzoek van partijen. Zo’n verzoek wordt nooit genoemd in besluiten om niet te verwijzen, terwijl uit het advies van de A-G wel blijkt dat er een verzoek is gedaan (tabel 2). De hoogste bestuursrechters verwijzen veel vaker naar dergelijke verzoeken in hun besluiten om niet te verwijzen.

Tabel 2: Zaken die niet zijn verwezen (en waarin melding gemaakt van een verzoek om verwijzing)

⁵⁷ Het EHRM heeft twee keer een schending vastgesteld omdat de hoogste Italiaanse rechter onvoldoende had gemotiveerd waarom verwijzing niet nodig was. EHRM 8 april 2014, nr. 17120/09 (*Dhahbi/Italië*) en EHRM 21 juli 2015, nr. 38369/09 (*Schipani/Italië*).

⁵⁸ In deze zaak zag de HR geen aanleiding om een prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ over de vraag of de immuniteit van jurisdictie van de VN overeenkomstig het Unierecht is. De HRconstateerde simpelweg dat de VN dergelijke immuniteit toekomt en dat er daardoor geen aanleiding was voor verwijzing en deed op basis van art. 81 RO zonder nadere motivering af. HR 7 februari 2014, ECLI:NL:HR:2012:BW1999, par. 4.4.1). Het EHRM vond deze verkorte motivering voldoende ook al ging de HR geheel voorbij aan *Cilfit* of enige andere jurisprudentie van het HvJ. *Stichting Mothers of Srebrenica t. Nederland*, EHRM 11 juni 2013, nr. 65542/12, ECLI:CE:ECHR:2013:0611DEC006554212, «EHRC» 2014/22 m.nt. Vermeer-Künzli; *AB* 2014/25 m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik.

⁵⁹ HR 4 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:479 (*Baydar*).

⁶⁰ *Baydar t. Nederland*, EHRM 24 april 2018, nr. 55385/14, ECLI:CE:ECHR:2018:0424JUD005538514, «EHRC» 2018/142, m.nt. Claassen en Krommendijk, par. 48.

⁶¹ Zie echter HvJ 28 juli 2016, zaak C-379/15, ECLI:EU:C:2016:603 (*AFNE*), *JM* 2016/145, m.nt. Zijlmans; *JB* 2016/181, m.nt. de Waele en Krommendijk.

	ABRvS	CRvB	CBb	HR Civiel	A-G Civiel
Wel melding gemaakt van verzoek	63 (85%)	12 (75%)	13 (59%)	0 (0%)	9 (30%)
Geen melding gemaakt van verzoek	11 (15%)	4 (25%)	9 (41%)	30 (100%)	21 (70%)
Totaal	74	16	22	30	30

Ondanks dat *Baydar* het mogelijk maakt om de art. 80a/81 RO-praktijk te handhaven, menen wij dat er gegronde redenen voor de civiele kamer zijn om meer aandacht te besteden aan de motivering, zeker wanneer daar door een van de partijen goed onderbouwd op is aangedrongen. Dit voorkomt niet alleen mogelijk gedoe in Straatsburg of later aan de Korte Voorhout wanneer de Hoge Raad eerdere besluiten om niet te verwijzen moet toetsen aan de maatstaven voor aansprakelijkheid van de Staat, zoals in de KLM-piloten zaak.⁶² Er zijn ook goede inhoudelijke redenen. De partijen, maar ook de bredere rechtspraak, kunnen er belang bij hebben om te weten op welke grond een bepaalde kwestie niet is verwezen. Er is nogal een verschil tussen een klacht die feitelijke grondslag mist en een klacht die stoelt op een onjuiste rechtsopvatting. Ook maakt het nogal uit of er sprake is van een *acte clair* of *éclairé* dan wel van de situatie dat een antwoord op de vraag irrelevant is omdat deze niet noodzakelijk is voor de oplossing van het geschil. Wanneer er sprake is van dit laatste dan kan het zo zijn dat de Hoge Raad überhaupt niet is toegekomen aan de uitleg van EU-recht. Het is dan niet gezegd dat de rechtsvraag als zodanig irrelevant is, terwijl dat wel het geval is bij een *acte clair* of *acte éclairé*.⁶³ In zo'n geval zouden verweren die dezelfde kwestie van EU-recht aan de orde stellen in toekomstige zaken bij feitenrechters, een andere hoogste rechter of zelfs de civiele kamer zelf, niet zonder meer kunnen worden verworpen met een beroep op de eerdere art. 81 RO-vaststelling van de HR. Een voorbeeld hiervan is het verworpen cassatieberoep tegen de uitspraak van het gerechtshof dat het woordmerk L'ARGENTINA voor kleding beschrijvend en nietig is, omdat het publiek de kleding in verband zou brengen met het land Argentinië. De Hoge Raad deed de kwestie af op grond van art. 81, lid 1, RO.⁶⁴ De A-G besteedde nog aandacht aan de vraag of verwezen moest worden, maar achtte de kwestie een *acte éclairé* vanwege de duidelijke *Chiemsee*-maatstaf van het HvJ.⁶⁵ Betekent de 81 RO-afdoening dat de Hoge Raad instemt met de conclusie van de A-G dat de kwestie *éclairé* is? Dit is geenszins een uitgemaakte zaak, ook omdat er in de literatuur discussie over deze kwestie is.⁶⁶ Het is kortom belangrijk voor rechtzoekende(n), maar ook andere rechters, om te weten hoe de Hoge Raad de rechtsvraag kwalificeert, mede met het oog op bijvoorbeeld het (door)procederen op bepaalde twistpunten.

Een betere motivering betekent wat ons betreft niet 'het noemen om het noemen', of het klakkeloos opdreunen van de *Cilfit*-mantra zonder duidelijke uitleg. Om te voorkomen dat afbreuk wordt gedaan aan de mogelijkheden van verkorte afdoening op grond van art. 80a en 81 RO, zou er gebruik gemaakt kunnen worden van een standaardoverweging waaruit duidelijk blijkt welke *Cilfit*-uitzonderingsgrond in casu van toepassing is.⁶⁷ Inspiratie kan worden gevonden bij de Afdeling die uiterst precies probeert na te gaan welke van de drie uitzonderingen meebrengt dat er afgezien kan worden van het stellen van prejudiciële vragen: is er sprake van *éclairé* of *clair* en moet dan naar punt 14 of 15 van *Cilfit* worden verwezen? De Afdeling is hier recentelijk steeds zorgvuldiger naar gaan kijken en maakt er bijna een sport van om een

⁶² Zie A-G Wissink in ECLI:NL:PHR:2018:54; HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2396, *JIN* 2019/35, m.nt. Duyster..

⁶³ Vgl. Claassen en Krommendijk in «EHRC» 2018/142.

⁶⁴ HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2573.

⁶⁵ HvJ 4 mei 1999, C-108/97 en C-109/97, ECLI:EU:C:1999:230 (*Chiemsee*); ECLI:NL:PHR:2016:920, punt 4.10.

⁶⁶ Zie bijv. van Gaal in IER 2018/14.

⁶⁷ Dit laatste komt ook tegemoet aan bepaalde EHRM uitspraken, waaronder *Dhahbi* en *Schipani*, waarin de afwezigheid van een *Cilfit*-redenering nu juist wel een probleem was. De vraag is of het EHRM met *Baydar* is afgestapt van deze benadering zoals geschetst in *supra* n 59.

gefundeerde keuze te maken.⁶⁸ Tegelijkertijd behoeft een betere motivering ook niet zo ver te gaan dat een veelheid aan andere (irrelevante) klachten, die niet betrekking hebben op het EU-rechtelijke punt, gemotiveerd moet worden afgedaan. Een uitgebreidere motivering hoeft niet heel veel meer werk op te leveren, omdat veelal gebruik kan worden gemaakt van het advies van de A-G. De A-G's zijn namelijk over het algemeen explicieter en uitvoeriger over redenen om (niet) te verwijzen en verwijzen ook vaker naar *Cilfit*.⁶⁹ Naast de *Cilfit*-geïnspireerde standaardoverweging zou de HR dus kunnen verwijzen naar het advies van de A-G voor de verdere onderbouwing, mocht het zich daarbij aansluiten. Dat had bijvoorbeeld in de L'ARGENTINA zaak gekund.

4. Wel verwijzen. Indien wordt besloten tot een verwijzing, is de eerste vraag welk doel met de verwijzing is gediend. Een verwijzing met een informatieve strekking vraagt immers een andere inrichting dan een verwijzing met een rechtsvormende strekking of met het doel de ontwikkeling van het Unierecht te beïnvloeden.

Een prejudiciële verwijzing is een doelgerichte activiteit, althans zou dat moeten zijn. Met het stellen van prejudiciële vragen kunnen uiteenlopende (taal)handelingen worden verricht, zoals informeren, verifiëren, opiniëren of waarschuwen. Met het oog op de effectiviteit van een verwijzing loont het de moeite om stil te staan bij de vraag welk doel met de verwijzing in de concrete, voorliggende zaak wordt beoogd.⁷⁰ Dat is om drie redenen van belang. In de eerste plaats met het oog op de inrichting van de verwijzingsbeslissing. Indien de verwijzing een informerende of verifiërende strekking heeft, volstaat een neutrale uiteenzetting van de feitelijke en juridische context. Maar indien de verwijzing een opiniërende of waarschuwende strekking heeft, zal de verwijzingsbeslissing op zijn minst genomen een betogende inhoud en een overtuigende strekking moeten hebben. Dat verschil is ook van belang met het oog op de oordeelsvorming van het HvJ in Luxemburg; moet het Hof rekening houden met eigen opvattingen van de verwijzende rechter, en zo ja, hoe gemakkelijk of moeilijk wordt het dat Hof gemaakt om dat te doen? Ten slotte is een en ander ook weer van belang voor de bruikbaarheid van de antwoorden die het HvJ geeft; lossen die het probleem van de verwijzende rechter op? De kans daarop is groter naarmate de verwijzende rechter zich beter rekenschap heeft gegeven van de vraag wat hij precies van het HvJ verlangt. Anders gezegd, de communicatie met het HvJ is ermee gediend indien de doelstelling of strekking van de verwijzing expliciet onder ogen wordt gezien.

In dit opzicht valt een positieve tendens in de verwijzingen van de civiele kamer te bespeuren. In de iets oudere uitspraken valt vaak weinig te merken van een reflectie op de doelstelling of strekking van de verwijzing. In de praktijk werd zelden aangegeven wat nu precies de redenen van de verwijzing zijn. De verwijzing had daarom nogal eens de structuur: 'er zijn twee interpretaties, welke is de juiste?' Zo constateert de Hoge Raad in het *Hauck*-arrest – over de reikwijdte van de merkenrechtelijke bescherming van de Tripp Trapp kinderstoel – dat de klachten vragen van uitleg aan de orde stellen, en gaat vervolgens over tot de formulering van die vragen.⁷¹ Nog duidelijker zichtbaar is dit in het *Arts & Allposters*-arrest, waarin de uiteenlopende interpretaties die de partijen aan de Auteursrichtlijn geven de opmaat vormen voor de gestelde prejudiciële vragen. In geen van beide arresten is iets te vinden over de redenen om de zaak te verwijzen.

⁶⁸ Zo stelde zij in zowel 2013 en 2014 vijfmaal dat er geen aanleiding was om vragen te stellen zonder daarbij expliciet te verwijzen naar *Cilfit*. In 2016 deed zij dit maar in één uitspraak: ECLI:NL:RVS:2016:2743, r.o. 11.1. Zie hierover uitgebreider Krommendijk en Loth 2018, p. 20.

⁶⁹ Zie bv. A-G Verkade in ECLI:NL:PHR:2013:115 (*Ryanair*), r.o. 3.31.2, 3.38, 3.52.1; A-G Vlas in ECLI:NL:PHR:2013:98 (*Diageo Brands*), r.o. 2.15 en 2.20.

⁷⁰ Loth 2014, p. 26-30.

⁷¹ HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY1533 (*Hauck*), r.o. 5.7.2, 5.7.4, en 7.

De recentere verwijzingsuitspraken geven ervan blijk dat de Hoge Raad zich meer rekenschap heeft gegeven van het doel en de strekking van de verwijzing.⁷² Veelvoorkomende doelstellingen zijn de informerende respectievelijk de opiniërende verwijzing. Het *Ryan Air*-arrest is een voorbeeld van een informerende verwijzing, waarbij de HR gewoon wil weten of de Databankenrichtlijn hier van toepassing is. In dergelijke gevallen is het belangrijk om zo volledig mogelijk de relevante feiten en het toepasselijke Nederlandse recht weer te geven. Voorbeeld van een opiniërende verwijzing is het *Massar*-arrest, waarvan de inzet was de vrije advocaatkeuze onder een rechtsbijstandverzekering in een ontslagprocedure bij het UWV (art. 6 BBA). Is dat een ‘administratieve procedure’ als bedoeld in de richtlijn? De Hoge Raad vond van wel en gaf daarvoor ook argumenten, maar wees eveneens op de tegenargumenten.⁷³ Deze discursief gemotiveerde voorkeur werd bovendien voorafgegaan door een korte uiteenzetting van het Nederlandse ontslagstelsel, zodat het HvJ ook inzicht werd geboden in het belang van deze procedure. Al met al een voorbeeldige verwijzingsbeslissing, waarop het HvJ conform de voorkeur van de kamer besliste. Een tussenvariant is de verwijzing in *Commerz* over de vraag of door het Rotterdamse Havenbedrijf verstrekte garanties verboden staatsteun opleveren. In zijn verwijzing onderscheidt de HR twee interpretaties van het *Stardust Marine*-arrest van het HvJ en overweegt vervolgens dat het verschil juist voor de beoordeling van dit geval van doorslaggevende betekenis is.⁷⁴ Is voor de toerekening aan de Staat vereist dat het Havenbedrijf in concreto betrokken is, of is toereikend dat de overheid in zijn algemeenheid betrokken is bij de besluitvorming in het bedrijf? Daarmee is de noodzaak van verwijzing direct gegeven.

5. *Gericht aan de geadresseerde. Bij de inrichting van het verwijzingsarrest dient de verwijzende rechter de zaak te bekijken vanuit het perspectief van de geadresseerde; welke informatie over de relevante feiten en het nationale recht heeft het HvJ nodig om zijn beslissing te kunnen nemen?*

De verwijzende rechter dient zich er rekenschap van te geven dat hij over ‘voorkennis’ van de zaak en het toepasselijke nationale recht beschikt die bij het HvJ ontbreekt. De inrichting van het verwijzingsarrest is daarom tevens een oefening in empathie; wat heeft het HvJ nodig om zijn beslissingen te kunnen nemen?⁷⁵ In de iets oudere verwijzingsarresten van de civiele kamer van de Hoge Raad hield dit niet over en gaf de Hoge Raad maar ‘weinig context’.⁷⁶ Zo was het verwijzingsarrest in de zaak *Hauck* bepaald karig met de feiten. Het HvJ vulde de feiten aan en nam ook een tekening van de litigieuze Trip Trap kinderstoel in zijn arrest op. In zijn verwijzingsarrest in de zaak *Art & All Posters* was de Hoge Raad juist weer zuinig in de weergave van het toepasselijke recht, zowel het internationale recht (art. 6 WIPO-Verdrag, art. 12 Berner Conventie) als het nationale recht (art. 12 Auteurswet, het Poortvliet-arrest en de Poortvliet-doctrine). Het wordt aan het HvJ overgelaten om zelf uit te zoeken wat een en ander inhoudt.

Soms gaat het hierdoor ook echt mis in de communicatie. Wat de feiten betreft biedt het al wat oudere *Ten Kate Holding Musselkanaal*-arrest een voorbeeld.⁷⁷ In deze zaak – die handelde over de aansprakelijkheid van de Staat voor schade vanwege het verbod om eiwit uit varkensvet te produceren en te verkopen⁷⁸ – was het HvJ uitgegaan van andere feiten dan de Hoge Raad, mede op basis van opmerkingen van de Nederlandse regering en de Europese Commissie gemaakt in de procedure in Luxemburg. De Hoge Raad benoemde dit

⁷² Conform het voornemen van de president Maarten Feteris dat de HR in toenemende mate ‘zender en ontvanger’ is en uitgebreider prejudiciële vragen zou onderbouwen door daarin meer argumenten op te nemen en ook een eigen voorkeur uit te spreken. N. Huls, ‘Bruggen bouwen. Interview met de nieuwe president van de Hoge Raad, Maarten Feteris’, *NJB* 2015, afl. 8, p. 494.

⁷³ HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2901 (*Massar*), r.o. 3.6.1 en 3.7.1.

⁷⁴ HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0265 (*Commerz*), r.o. 3.5, 3.6, en 4.

⁷⁵ Vgl. ‘Aanbevelingen aan de nationale rechterlijke instanties over het aanhangig maken van prejudiciële procedures’, *OJ C* 439, 25.11.2016, p. 1-8, punt 15; J. Coumans, ‘Tips voor de redactie van verzoeken om een prejudiciële beslissing’, *Trema* (2017) 10.

⁷⁶ M. Knapen, ‘Carla Sieburgh en de esthetiek van het Europese recht’, *Mr.* (2017), p. 26-31.

⁷⁷ HR 22 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ3083 (*Staat/Ten Kate Holding Musselkanaal*).

⁷⁸ HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0294; HR 22 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ3083; HvJ 20 oktober 2005, C-511/03, ECLI:EU:C:2005:625 (*Ten Kate Holding Musselkanaal*).

probleem onomwonden in de einduitspraak: ‘Het Hof van Justitie is bij de behandeling van de derde vraag van de Hoge Raad ten dele uitgegaan van andere feiten dan waarvan de Hoge Raad op grond van het arrest van het Hof was uitgegaan.’⁷⁹ Een geïnterviewde stelde dat het arrest van het HvJ als ‘een totale verrassing’ kwam en dat men ‘flabbergasted’ was.⁸⁰ De Hoge Raad liet niettemin – met een beroep op de aard van de cassatieprocedure – de door het HvJ als vaststaand aangemerkte feiten buiten beschouwing.⁸¹

Wat de beantwoording van de vragen betreft ging het eveneens mis in de zaak *Staat/Préservatrice Foncière Assurances* (PFA). In deze zaak ging het om de toepasselijkheid van het Executieverdrag op een vordering van de Staat tegen de Franse assuradeur PFA, die zich jegens de Staat had verbonden als ‘borg en hoofdelijk medeschuldenaar’. De Hoge Raad stelde uitsluitend vragen over de borgtocht – hij was kennelijk het hoofdelijk medeschuldenaarschap vergeten – en kreeg dan ook alleen antwoorden daarover.⁸² Na verwijzing rees de vraag of de Hoge Raad de zaak zonder nieuwe vragen kon afdoen. Die vraag werd bevestigend beantwoord; de hoofdelijke verbondenheid werd op dezelfde wijze beoordeeld als de borg.⁸³ Een tweede voorbeeld van gebrekkige communicatie is de zaak-*Residex*. In deze zaak vroeg de Hoge Raad zich af of hij bevoegd of zelfs verplicht is om een garantie verstrekt aan een kredietgever nietig te verklaren wanneer deze een onrechtmatige steunmaatregel oplevert.⁸⁴ Volgens een geïnterviewde stelde de Hoge Raad een algemene vraag en kreeg hij (dus ook) een heel algemeen antwoord, waarmee hij ‘geen meter was opgeschoten’. De Hoge Raad zou echter ‘de hand in eigen boezem’ moeten steken aangezien het de vraag beter had moeten inkleden.⁸⁵ Sieburgh schreef hierover al dat het algemene antwoord in *Residex* ook samenhangt met het feit dat de Hoge Raad geen toelichting gaf op de antwoordmodaliteiten in het nationale recht.⁸⁶ Beide voorbeelden illustreren dat een goede aankleding en discursieve motivering van het grootste belang is, mede omdat er weinig gespecialiseerde civielrechtelijke kennis bij het HvJ is (zie eveneens de voorgaande stelling 4).⁸⁷ Bovendien is bij Nederlandse verwijzingen niet noodzakelijk een Nederlandse rechter in het HvJ betrokken, zodat er niet vanuit kan worden gegaan dat de Nederlandse finesses altijd even goed onder ogen worden gezien door het HvJ.⁸⁸

Een mooi voorbeeld van hoe het ook kan is het verwijzingsarrest in de zaak *Holterman Ferho*, over de bevoegdheid van de Nederlandse rechter in het geval van een in Duitsland woonachtige bestuurder en directeur van Nederlandse vennootschappen. Het arrest is in minstens drie opzichten opvallend te noemen. In de eerste plaats is er – naast de gebruikelijke feitenvaststelling (‘in cassatie kan van het volgende worden uitgegaan’) – een extra typering van de feitelijke context van de zaak, waarin ook nog eens de standpunten van partijen worden samengevat (‘Voor zover in cassatie van belang, kan de onderhavige zaak als volgt worden gekenschetst’). Voorts wordt ampel aandacht besteed aan het toepasselijke Nederlandse recht, kennelijk ten behoeve van het HvJ (‘Ter inleiding van deze vraag dient dat naar Nederlands recht onderscheid wordt gemaakt tussen de aansprakelijkheid van een persoon in hoedanigheid van bestuurder van een vennootschap (...) en de afgezien van deze hoedanigheid op die persoon rustende aansprakelijkheid als werknemer van die vennootschap (...’). Ten slotte is opvallend dat elk van de drie prejudiciële vragen – over de verhouding tussen de bevoegdheidsregels van de EEX-Vo in een geval als dit – vergezeld gaan van een discursieve toelichting met argumenten voor en tegen de beredeneerde voorkeur van de kamer. Met zo’n verwijzing kan het HvJ goed uit de voeten, waardoor ook de inbedding kort en helder is. Het geheim

⁷⁹ HR 22 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ3083 (*Staat/Ten Kate Holding Musselkanaal*), r.o. 2.2.1.

⁸⁰ Interview 41, 45, 48; vgl. A-G Verkade onder ECLI:NL:PHR:2006:AZ3083, r.o. 3.11 ev; vgl. Verhoeven en Ortlep onder AB 2007, 116; Mok onder NJ 2007, 161.

⁸¹ HR 22 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ3083 (*Staat/Ten Kate Holding Musselkanaal*), r.o. 2.2.2.

⁸² HvJ 15 mei 2003, C-266/01, ECLI:EU:C:2003:282 (*Préservatrice foncière Tiard*); M.V. Polak, ‘Spreken is zilver, zwijgen is goud?’, in A.G. Castermans e.a. (red.) *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009, p. 89-114, p. 110-111.

⁸³ HR 17 februari 2006, NJ 2008, 622 (*Préservatrice foncière Tiard*), r.o. 2.1; Polak 2009, p. 111-112.

⁸⁴ HR 28 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL4082; HvJ 8 december 2011, C-275/10, ECLI:EU:C:2011:814 (*Residex*).

⁸⁵ Interview 75.

⁸⁶ C.H. Sieburgh, ‘Legitimiteit confrontatie Europees recht en burgerlijk recht van nationale origine’, pre-advies NJV 2011-1, p. 187-242, p. 234-239.

⁸⁷ M. Loth, ‘Who has the last word? On judicial lawmaking in European private law’, *European Review of Private Law*, 2017, p.45-70.

⁸⁸ Loth 2014, p. 22.

van een effectieve verwijzing schuilt ten dele in de bereidheid en het vermogen om de zaak door een ‘Luxemburgse bril’ te zien.

6. De noodzaak van verwijzing. Uit het verwijzingsarrest dient de noodzaak van verwijzing te blijken, teneinde het HvJ inzicht te geven in de consequenties van zijn beslissingen. Daarbij dient aandacht te worden gegeven aan de consequenties van de mogelijke antwoorden op de gestelde prejudiciële vragen voor het onderhavige geschil en/of het Nederlandse recht.

De noodzaak van verwijzing is vaak slechts impliciet gegeven, terwijl het juist belangrijk is voor een verwijzende rechter om duidelijk te maken welk doel hij voor ogen heeft; informeren, verifiëren, opiniëren of waarschuwen (zie stelling 4). Ook het HvJ ziet graag goed onderbouwde verwijzingen met de redenen die de verwijzende rechter ertoe hebben gebracht om vragen te stellen.⁸⁹ Soms is het simpelweg niet duidelijk waarom de vragen relevant zijn en bijdragen aan de oplossing van het geschil. De civiele kamer staat hierin overigens niet alleen. Het CBb en de CRvB doen dit evenmin.⁹⁰

Voor de civiele kamer betekent dit ook dat zij aangeeft wat ‘privaatrechtelijk kan en wat tot een onwenselijke systeembreuk zou leiden’.⁹¹ Een goed voorbeeld is de verwijzing in *Taricco II* door het Italiaans Grondwettelijk Hof. Dit Hof was zeer kritisch over *Taricco I*, omdat het HvJ daarin voorrang gaf aan de verplichting om btw-fraude effectief aan te pakken (art. 325 VWEU) boven het legaliteitsbeginsel zoals dat in art. 25(II) van de Italiaanse Grondwet is verankerd. Met de vervolgv verwijzing gaf het Italiaanse Grondwettelijk Hof het HvJ nog een kans om deze uitspraak te herzien of in ieder geval af te zwakken onder het mom van ‘HvJ, weet U het zeker?’ Zonder de boel op scherp te zetten maakte dit Hof in zijn verwijzingsuitspraak de (grondwettelijke) grenzen duidelijk door aan te geven dat het hoopt dat het HvJ art. 325 VWEU zo kan uitleggen dat het strookt met art. 25(II) van de Grondwet.⁹²

Een vergelijkbaar doel had de Hoge Raad in de eerdergenoemde zaak *Diageo Brands*. In deze zaak vroeg de Hoge Raad zich af of het gehouden was om een Bulgaars vonnis te erkennen op grond van het beginsel van wederzijds vertrouwen als er aanleiding is te veronderstellen dat deze onjuist is, of zelfs op onzuivere wijze tot stand is gekomen. De Hoge Raad stelde nadrukkelijk in zijn verwijzingsuitspraak en in de eerste verwezen vraag vast dat de beslissing van de Bulgaarse Hoge Raad en die van de rechtbank te Sofia die daarop berust ‘evident in strijd met het Unierecht’ waren.⁹³ De Hoge Raad zette zwaar in in zijn verwijzingsuitspraak, omdat er echt de overtuiging was, zoals geïnterviewden dat later ook benadrukten, dat het evident was dat er een schending had plaatsgevonden in Bulgarije.⁹⁴ De Hoge Raad onderbouwde dit onder meer met verwijzing naar een brief van de Europese Commissie waarin de Commissie stelt dat de Bulgaarse rechters niet de interpretatieve beslissing van de Bulgaarse Hoge Raad mogen volgen. In zijn uitspraak verabsoluteerde het HvJ echter het beginsel van wederzijds vertrouwen en stelde het HvJ vast dat de Bulgaarse Hoge Raad niet bewust het Unierecht heeft geschonden. Het HvJ ging niet in op de onderliggende zorgen van de Hoge Raad.⁹⁵ Deze gang van zaken illustreert dat de Hoge Raad in toekomstige zaken wellicht nog explicieter moet zijn in het schetsen van de nationaalrechtelijke consequenties, ondanks dat hij hier ook al tamelijk fors inzette.

Een voorbeeld van een zaak waarin de Hoge Raad duidelijk de consequenties van een bepaalde uitleg schetste is de uitspraak in de zaak *Massar*, waarin het ging om de vraag of een rechtsbijstandverzekering

⁸⁹ Aanbevelingen aan nationale rechters, punt 17.

⁹⁰ J. Krommendijk, ‘De hoogste Nederlandse bestuursrechters en het Hof van Justitie. Geboren danspartners? Het hoe en waarom van verwijzen’, *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, (9) (2017), p. 305-315.

⁹¹ Sieburgh in Knapen 2017, p. 31.

⁹² HvJ 5 december 2017, C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936 (*M.A.S. en M.B.*).

⁹³ HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2062 (*Diageo Brands*), r.o. 5.2.2, 5.3.2.

⁹⁴ Krommendijk en Loth 2018, p. 81; interview 27, 87.

⁹⁵ Interview 79; Loth 2017.

zich ook uitstrekt tot bestuursrechtelijke geschillen bij het UWV waarvoor geen verplichte procesvertegenwoordiging geldt. In de verwijzingsuitspraak van de Hoge Raad werden de grote financiële consequenties expliciet benoemd.⁹⁶

7. De taakverdeling. Bij het opstellen van de prejudiciële vragen dient te worden stilgestaan bij de taakverdeling tussen de eigen oordeelsvorming en die van het HvJ. Wordt van het HvJ een ‘outcome case’ verlangd of een ‘guidance case’?

Het HvJ geeft niet altijd hetzelfde soort antwoord. In de literatuur wordt onderscheid gemaakt tussen ‘outcome cases’ en ‘guidance cases’.⁹⁷ De eerste laat de verwijzingsrechter weinig tot geen ruimte en beslecht in feite voor deze het geschil. De tweede verschaft de verwijzingsrechter eerder een richtlijn of handvat om het voorliggende geschil te beoordelen en te beslechten. Of het HvJ voor het eerste of het tweede kiest, is natuurlijk medebepalend voor de dynamiek tussen de verwijzingsrechter en het Hof. Soms geeft het HvJ ongevraagd een ‘outcome case’, zoals bijvoorbeeld in de zaak *GS Media*. Aan de orde was de vraag of het plaatsen van hyperlinks die toegang geven tot beschermde werken inhouden een ‘mededeling aan het publiek’ als bedoeld in art. 3 Artl en art. 12 Aw (en daarmee een nieuwe openbaarmaking)? In zijn verwijzingsuitspraak leidt de Hoge Raad uit de rechtspraak van het HvJ af dat sprake moet zijn van een ‘nieuw publiek’, maar maakt het daarvoor uit of het werk op die andere website met toestemming van de rechthebbende is geopenbaard? Het HvJ volstaat in zijn beantwoording niet met het geven van de maatstaf voor de beantwoording van die vraag (namelijk of de links al dan niet zijn geplaatst met winstoogmerk door een ‘linker’ die wetenschap had of kon hebben van het illegale karakter van de publicatie op de website), maar past die maatstaf vervolgens toe op het voorliggende geval (hier is wel inbreuk gemaakt door GS Media ‘onder voorbehoud van door de verwijzende rechter uit te voeren verificaties’). Daarmee maait het HvJ het gras voor de voeten van de Hoge Raad weg.

Het lijkt erop dat dit steeds vaker gebeurt.⁹⁸ In ieder geval is het de Hoge Raad ook overkomen in de zaken *Connexion Taxi Services*, en *Stichting Brein*. In de eerstgenoemde zaak – over de gevolgen van een fout voor de geldigheid van de aanbesteding – stelde de Hoge Raad de vraag naar de verhouding tussen het toepasselijke nationale recht, de aanbestedingsvoorwaarden en art. 45 tweede lid van de Richtlijn aan de orde. Het HvJ schonk klare wijn: art. 45 verzet zich niet tegen de soepelere nationale regeling, maar als de voorwaarden uitsluiting voorschrijven dan is dat het rechtsgevolg. Duidelijke antwoorden waardoor partijen al weten waar ze aan toe zijn, een ‘outcome case’ dus. Hetzelfde geldt voor de zaak *Stichting Brein/The Pirate Bay*. De verwijzingsuitspraak behelst een uitvoerige analyse van wat The Pirate Bay doet en kan, analyseert art. 3 lid 1 Auteursrichtlijn, en geeft goede redenen voor twijfel over de toepasselijkheid daarvan in dit geval (‘ enerzijds geldt dat The Pirate Bay de werken niet zelf ter beschikking stelt aan haar gebruikers, anderzijds geldt dat zij wel een essentiële schakel vormt in het ter beschikking stellen van die werken’). Eerder besliste het HvJ al dat het een geïndividualiseerde beoordeling vergt, en dat is wat het hier ook doet; in dit geval vallen de activiteiten van The Pirate Bay onder ‘mededeling aan het publiek’. Weer een ‘outcome case’ van het HvJ derhalve. Natuurlijk zijn er ook uitzonderingen. In de *Commerz*-zaak bood het HvJ meer een handvat voor de beoordeling van het geval. In zijn verwijzingsuitspraak besprak de Hoge Raad al twee opties: geen toerekening omdat de gemeente in dit concrete geval niet reëel en feitelijk betrokken was of toerekening op basis van algemene betrokkenheid van de gemeente bij het havenbedrijf. Het HvJ oordeelde dat voor de beoordeling van de betrokkenheid van de overheid, of de onwaarschijnlijkheid dat zij niet betrokken was, de organieke verbanden tussen het Havenbedrijf Rotterdam en de Gemeente van belang zijn. Het enkele feit dat de directeur eigenmachtig optrad is niet voldoende voor het tegendeel. Het HvJ liet volgens een geïnterviewde de kwestie hiermee open en schoot geen van de twee

⁹⁶ HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2901 (*Massar*), r.o. 3.7.4.

⁹⁷ T. Tridimas, ‘Constitutional review of member state action: the virtues and vices of an incomplete jurisdiction’, *International Journal of Constitutional Law* (2011), p. 737-756.

⁹⁸ Interview 41, 87.

door de Hoge Raad gesuggereerde richtingen af.⁹⁹ De Hoge Raad had in zijn inbeddingsuitspraak derhalve nog een beslissing te nemen. De vraag is of dit ‘guidance’ antwoord het wachten écht waard was, omdat de Hoge Raad de twee opties al in het vizier had.

Voorgaande bespreking roept twee vragen op. De eerste vraag is hoe wenselijk het (eigenlijk) is dat het HvJ een verwezen zaak ten gronde beslist. Is het HvJ soms té directief in zijn antwoorden en geeft het een te specifiek op de nationale feiten toegepast antwoord waardoor er nog maar weinig ruimte is voor een eigen afweging door de nationale rechter?¹⁰⁰ Leden van de civiele kamer hebben bij gelegenheid van een interview aangegeven, net als de hoogste bestuursrechters, dit niet problematisch te vinden zolang het HvJ maar uitgaat van de juiste feiten.¹⁰¹ Zo stuitte het oordeel van het HvJ in *GS Media* niet op verzet.¹⁰² De tweede vraag is of de verwijzingsrechter bij de inrichting van zijn verwijzingsbeslissing kan of moet rekening houden met de mogelijkheid van een ‘guidance case’ of ‘outcome case’. Kun je daarop sturen, en zijn er redenen om dat te doen? Strikt genomen maakt een ‘outcome case’ inbreuk op de beoogde rolverdeling: de verwijzende rechter gaat over de vragen, het HvJ over de antwoorden, en de verwijzende rechter over de implementatie van de antwoorden. Voor die rolverdeling bestaan ook goede redenen: de verwijzende rechter is in een betere positie om de antwoorden uit Luxemburg te implementeren. Anderzijds is het soms onvermijdelijk dat het HvJ de zaak *de facto* afdoet omdat de uitkomst van de zaak soms al besloten ligt in het antwoord van het HvJ. Soms is de scheidslijn tussen de maatstaf en haar toepassing zo dun dat het ook goed mogelijk (en onvermijdelijk) is om door te pakken. Bovendien is het maar de vraag of de verwijzingsrechter hierop kan sturen. Zou de Hoge Raad het uitdrukkelijk moeten vermelden indien hij (niet meer dan) handvatten van het HvJ wil? Gelet op de rolverdeling lijkt dat een beetje een open deur, maar in het licht van de tendens in Luxemburg om door te pakken is dat misschien toch lang niet altijd het geval. Een andere manier zou zijn om de vragen zo te formuleren dat zij naar maatstaven vragen en niet naar toepassingen, al kan natuurlijk nooit worden uitgesloten dat het HvJ de vragen herformuleert en vervolgens doorpakt. In ieder geval is dit een gezichtspunt dat bij de inrichting van de verwijzingsbeslissing onder ogen gezien kan worden.

8. De taakverdeling. De kamer dient vragen te voorzien van eigen voorkeursantwoorden, eventueel in de vorm van alternatieve antwoorden.

Uit stelling 4 bleek al dat de civiele kamer recentelijk op meer ‘gereflecteerde’ wijze is gaan verwijzen, althans in sommige zaken (*Stichting Brein*, *Holterman Ferho* en *Massar*), maar in andere recente zaken ook niet (zichtbaar) (*Rosbeek* en *Synthon*).¹⁰³ Wij menen dat de kamer dit nog consequenter zou kunnen doen gezien de verwijzingen sinds 2013 (zie tabel 3).

Tabel 3: inrichting verwijzingsuitspraak door civiele kamer

HR geeft eigen voorkeur aan (maar geeft niet aan waarom een vraag noodzakelijk is)	<i>RyanAir</i> ¹⁰⁴
--	-------------------------------

⁹⁹ Interview 48; vgl. A-G Keus ECLI:NL:PHR:2016:34 (*Commerz*), r.o. 2.3-2.5.

¹⁰⁰ G. Davies, ‘Abstractness and concreteness in the preliminary reference procedure: implications for the division of powers and effective market regulation’, in N.N. Shuibne (red.), *Regulating the Internal Market*, Cheltenham: Edward Elgar 2006, p. 210-244, p. 232.

¹⁰¹ Interview 59, 87; Krommendijk 2018, p. 62-63.

¹⁰² HvJ 8 september 2016, C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 (*GS Media*), punt 54; vgl. Krommendijk onder «EHRC» 2016/222, randnr. 9; interview 27, 45, 87.

¹⁰³ De twee meest recente verwijzingen, zie *supra* n 2, zijn eveneens discursief van opzet, maar zonder voorkeursantwoord; Interview 45, 79, 87; vgl. Sieburgh 2011, p. 234-239.

¹⁰⁴ In tegenstelling tot A-G Verkade die duidelijk maakt waarom er desalniettemin twijfel mogelijk is. ECLI:NL:HR:2014:88 (*Ryanair*), r.o. 3.8.3, *JIN* 2014/65, m.nt. Rijks.

HR geeft eigen (lichte) voorkeur aan	<i>Holterman Ferho, Massar</i> ¹⁰⁵
HR geeft zelf verschillende uitleggingsmogelijkheden weer (enerzijds/ anderzijds)	<i>GS Media, Commerz, Diageo Brands, Universal Music, Stichting Brein</i> ¹⁰⁶
HR geeft aan op welke punten er vragen zijn (in het licht van HvJ rechtspraak)	<i>Rosbeek, Connexion, Synthon</i> ¹⁰⁷
HR geeft louter klachten partijen weer zonder zelf te analyseren (doorgeefluik)	<i>Hauck, Art & Allposters</i> ¹⁰⁸

In lijn met de voorgaande observaties moge duidelijk zijn dat onze voorkeur uitgaat naar een meer gereflecteerde en discursieve wijze van verwijzen. Op zijn minst zou de civiele kamer de verschillende uitlegmogelijkheden uiteen moeten zetten. De varianten waarbij het louter de vraagpunten identificeert of de klachten van partijen weergeeft zonder die zelf te analyseren zijn wat ons betreft onvoldoende. Zeker bij die laatste variant is de rol van de verwijzende rechter niets meer dan een doorgeefluik. De civiele kamer is zeker niet de enige rechter die (soms) op dergelijke wijze verwijst. Ook het CBB beperkt zich vaak tot het tegenover elkaar zetten van de standpunten van partijen, waar dan de twijfel over de uitleg uit zou moeten blijken, zonder zich daar zelf over uit te laten of een voorschot op het antwoord van het HvJ te nemen.¹⁰⁹ Rechter erkenden dat op deze manier het risico kleiner is dat het HvJ de analyse van het CBB neersabelt.¹¹⁰ Een geïnterviewde stelde dat de civiele kamer ook voor deze houding kiest bij een onzeker antwoord of bij het idee dat het HvJ beter zicht heeft op lopende zaken en debatten.¹¹¹ Wij menen dat de civiele kamer soms best wat meer lef kan tonen. Het is niet voor niets een van de hoogste rechters van een van de grondleggers van de EU waar het EU-recht in een relatief hoog aanzien staat. Zelfs bij een verschil van mening in de raadkamer zou de kamer dit verschil inzichtelijk kunnen maken door de verwijzing discursief op te zetten.

De civiele kamer zou wat ons betreft in een aantal gevallen nog een stap verder kunnen gaan door zelf een antwoord te formuleren op de vraag.¹¹² Dit wordt in de literatuur ook wel de ‘green light procedure’ genoemd.¹¹³ Het HvJ moedigt nationale rechters ook aan om dit te doen en voorziet hier in artikel 107(2) van de ‘Rules of procedure’ in, alsook in haar aanbevelingen. In *Massar* had de civiele kamer bijvoorbeeld een duidelijk voorkeursantwoord kunnen formuleren. Nu heerst er een zeker terughoudendheid om dat te

¹⁰⁵ ‘Steun voor deze uitleg kan voorts worden gevonden in...’ en ‘Voor toepassing van art. ... pleit...’. ECLI:NL:HR:2014:164 (*Holterman Ferho*), r.o. 3.8.3 en 3.9.3; ‘De Hoge Raad is voorhands van oordeel dat...’. ECLI:NL:HR:2014:2901 (*Massar*), r.o. 3.6.1.

¹⁰⁶ Voor een goed voorbeeld, zie ECLI:NL:HR:2015:841 (*GS Media*), r.o. 6.2.5; ECLI:NL:HR:2013:BY6102 (*Commerz*), r.o. 3.8.1-2; ECLI:NL:HR:2013:2062 (*Diageo Brands*); ECLI:NL:HR:2015:36 (*Universal Music*); ECLI:NL:HR:2015:3307 (*Stichting Brein/ Ziggo en XS4ALL*), r.o. 5.8.2-3.

¹⁰⁷ Volgens Welling-Steffens leidt echter uit de beschrijving van het nationale recht en de formulering van de eerste vraag een voorkeur van de HR voor een bepaalde uitleg af. De vraag is of dit ook voor het HvJ duidelijk is. Dit geldt voor de eerste vraag in *Synthon*, waar de HR overigens wel aangeeft dat hij zelf eerder met betrekking tot art. 843a Rv (de exhibitieplicht) heeft besloten dat er geen onderscheid wordt gemaakt al naar gelang de partij van wie exhibitie wordt verlangd een (beweerdelijke) inbreukmaker is of een derde. Daarmee spreekt de HR wellicht impliciet de voorkeur uit dat zo’n onderscheid ook niet zou moeten worden gemaakt voor art. 6 Handhavingsrichtlijn. Met betrekking tot de tweede vraag geeft de HR wel tegengestelde argumenten aan. ECLI:NL:HR:2016:2834 (*Synthon*), r.o. 3.3.6 en 3.4.3.

¹⁰⁸ In *Art & Allposters* bekent de HR ook geen kleur in tegenstelling tot de A-G Verkade die de voorkeur uitspreekt voor een uitleg. ECLI:NL:HR:2013:CA0265 (*Art & Allposters*), r.o. 3.7; ECLI:NL:PHR:2013:CA0265 (*Art & Allposters*), r.o. 4.20.

¹⁰⁹ Na een dergelijke uiteenzetting concludeert het dan aan het einde van een verwijzingsuitspraak dat ‘de hiervoor weergegeven standpunten van partijen laten zien dat onduidelijkheid bestaat’. CBB 12 september 2014, ECLI:NL:CBB:2014:365, r.o. 5.5.2.

¹¹⁰ Interview 5, 69; vgl. R.A.J. van Gestel en J.C.A. de Poorter, ‘Supreme administrative courts’ preliminary questions to the CJEU: start of a dialogue or talking to deaf ears?, *Cambridge International Law Journal* 6 (2) 2017, p. 122–142.

¹¹¹ Interview 41.

¹¹² Vgl. A-G Drijber in ECLI:NL:PHR:2018:943, r.o. 5.1.

¹¹³ M. Dicolosa, C. Fasone & I. Spigno, ‘Foreword: constitutional courts in the European legal system after the Treaty of Lisbon and the euro-crisis’, *German Law Journal* (2015), p. 1317-1330, p. 1326-1327.

doen bij de civiele kamer. Geïnterviewden verklaarden dat vanuit een voorzichtigheid: ‘als het HvJ iets anders zegt, dan sla je een figuur’, krijg je ‘een draai om de oren’ of ‘gooi je je naam te grabbel’.¹¹⁴ Tegelijkertijd stelde een geïnterviewde dat bij de jongere raadsheren dit minder leeft.¹¹⁵ Overigens zijn er maar weinig pure voorbeelden te vinden van zo’n verwijzingsuitspraak. Vaak zijn het de lagere rechters die expliciete voorkeursantwoorden opnemen, zeker in geval van een rechtspolitieke-strategisch gemotiveerde verwijzing.¹¹⁶ Een recent voorbeeld is de verwijzing van het Ierse High Court in een PPU-zaak waarin de vraag was of een verdachte kan worden uitgeleverd naar het VK op grond van een Europees Arrestatiebevel (EAB) gezien het feit dat hij mogelijk na Brexit nog in gevangenschap zit en zijn EU-rechten daardoor niet gewaarborgd zouden zijn.¹¹⁷

Een mogelijk bezwaar tegen het geven van een voorkeursantwoord is dat betoogd zou kunnen worden dat de vragen wellicht niet meer nodig zijn en de kwestie *clair* is. Dit is echter een iets te simpele voorstelling van zaken. Wanneer het voorgestelde antwoord is gebaseerd op de meest waarschijnlijke uitleg van de jurisprudentie van het HvJ, dan is de kwestie inderdaad wellicht *clair*. Maar indien de voorkeur is gebaseerd op andere gronden, waaronder het nationale recht of rechtspolitieke voorkeuren, dan staat het los van de vraag of de kwestie *clair* is. Juist in deze gevallen verdient het de voorkeur om de eigen beredeneerde voorkeur erbij te geven. Een voorkeursantwoord zou dan ook niet in iedere zaak moeten of hoeven te worden gegeven. Vooral denkbaar is dat dit gebeurt in zaken waar de Hoge Raad een sterke voorkeur heeft en die ook wil ‘opleggen’ aan het HvJ, zoals bijvoorbeeld in *Diageo Brands*. Heel vaak heeft de Hoge Raad evenwel niet zo’n sterke voorkeur of overtuiging.¹¹⁸ Als hij dat wel heeft, dan zou het geven van een voorkeursantwoord een van de te overwegen opties zijn.

9. *Stijlvereisten.* Bij de formulering van de prejudiciële vragen dient te worden stilgestaan bij de *stijlvereisten* die worden gesteld: zijn de vragen op zichzelf goed te begrijpen, zijn ze voldoende specifiek op de zaak toegesneden, dienen ze open te zijn of juist uitgesplitst in meerdere deelvragen, en zijn ze voldoende helder gepresenteerd (korte zinnen, gebruik van (tussen)kopjes, niet meer dan 2 – 5 vragen).

Deze stelling betreft de stijlvereisten voor een prejudiciële verwijzing. De Aanbevelingen van het HvJ bevatten – naast aanwijzingen voor de inhoud – ook aanwijzingen voor de stijl. Met betrekking tot de inhoud wordt de verwijzingsrechter geïnstrueerd dat de verwijzingsbeslissing in ieder geval dient te bevatten een omschrijving van: het voorwerp van het geschil, de relevante feiten, het toepasselijke nationale recht, de redenen om vragen te stellen, en een samenvatting van de relevante argumenten van de partijen in het geding. Met betrekking tot de stijl geldt dat de verwijzende rechter een ‘eenvoudige, duidelijke en nauwkeurige schrijfwijze dient te hanteren, zonder overbodige uitweidingen. De ervaring wijst uit dat een tiental bladzijden doorgaans volstaat om het feitelijke en het rechtskader van een verzoek om een prejudiciële beslissing naar behoren uiteen te zetten.’¹¹⁹ Ten slotte wordt met het oog op de leesbaarheid benadrukt dat de verwijzingsbeslissing het HvJ in uitgetypte vorm bereikt en dat de pagina’s en alinea’s zijn genummerd.¹²⁰

¹¹⁴ Respectievelijk Interview 87, 75, 45.

¹¹⁵ Interview 75.

¹¹⁶ Zie bijvoorbeeld de verwijzing van het Tribunale di Napoli van 15 januari 2013 in C-62/13, *Racca* te vinden via http://www.minbuza.nl/binaries/content/assets/ecer/ecer/import/hof_van_justitie/nieuwe_hofzaken_inclusief_verwijzingsuitspraak/2013/c-zakennummers/c-062-13-verwijzingsbs.pdf.

¹¹⁷ Het antwoord van het HvJ kwam overeen met het voorgestelde antwoord op de eerste vraag, waardoor het HvJ ook niet behoefde in te gaan op de voorgestelde antwoorden op de andere vragen. High Court 16 mei 2018 [2018] IEHC 284 (Donnelly J); HvJ 19 september 2018, C-327/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:733 (*R O*).

¹¹⁸ Een voorkeursantwoord is vaak ook een overweging ten overvloede die niet hoeft en alleen zal worden gegeven als er een breed draagvlak of sterke overtuiging is. Interview 41, 87.

¹¹⁹ Aanbevelingen aan nationale rechters, punt 14.

¹²⁰ Aanbevelingen aan nationale rechters, punt 19.

In een overzichtsartikel van Coumans worden deze Aanbevelingen aangevuld en gespecificeerd vanuit het gezichtspunt van de noodzaak van vertaling in alle andere officiële talen.¹²¹ Ook hier wordt – met het oog op de vertaling – de wenselijkheid benadrukt van het gebruik van eenvoudige taal. Wanneer niet de hele beslissing relevant is voor de verwijzing, kan het nuttig zijn haar te splitsen in een relevant en een niet-relevant deel. Indien de verwijzingsbeslissing als geheel meer dan 20 pagina's (of 30.000 karakters) omvat, is het dienstig een samenvatting toe te voegen. Ook een indicatie van wat hoofdzaken en bijzaken zijn, draagt bij aan een goede vertaling. Coumans schrijft voorts: 'Verder dient het gebruik van typisch Nederlandse zegswijzen – zoals 'de plank misslaan' of 'geen hout snijden' – waar mogelijk te worden vermeden. Specifieke nationale rechtsbegrippen dienen van een toelichting te worden voorzien. De kans bestaat dat in Luxemburg een begrip als de 'bestuurlijke lus' verkeerd wordt begrepen. Een ander voorbeeld is dat van de deelnemingsvrijstelling, die in het Frans was vertaald als *exonération de participation*. Dat begrip was voor de rechter-rapporteur zo onduidelijk dat hij de verwijzende rechter om verduidelijking heeft verzocht. Wat de vragen zelf betreft, geldt dat zij op zich begrijpelijk moeten zijn. Dat betekent dat verwijzingen in de vragen naar bijvoorbeeld een richtlijn of verordening moeten worden voorzien van een duidelijke referentie.'¹²²

Wat de prejudiciële vragen zelf betreft, geldt in de eerste plaats dat het er niet te veel moeten zijn. In dit verband wordt wel een aantal van niet meer dan 2 tot 5 vragen genoemd (zonder al te veel subvragen). Zoals we al zagen dienen de vragen 'self-contained' en 'self-explanatory' te zijn, en dienen zij bovenal voldoende specifiek te zijn om het voorliggende geschil tot een oplossing te brengen.¹²³ Het aantal vragen en de mate van detaillering blijft een oefening in balanceerkunst: enerzijds is er veel voor te zeggen om 'boodschappenlijstjes' met vragen te vermijden, ten einde het HvJ de ruimte te geven. Zo koos de kamer er in de verwijzingsbeslissing in de zaak *RyanAir* bewust voor om, in tegenstelling tot A-G Verke, geen 'boodschappenlijstje' met verscheidene gedetailleerde conditionele vragen te stellen, maar een open vraag die het HvJ 'zo'n groot mogelijke armslag' geeft.¹²⁴ Anderzijds dient te worden voorkomen dat het HvJ relevante vragen ontwijkt of ontduikt, zo lijkt de Hoge Raad in de verwijzingsbeslissing in de zaak *Holterman Ferho* te hebben gedacht. De Hoge Raad lijkt zich bewuster te worden van dit spanningsveld, wellicht door de ervaringen (sinds 2012) als rechter die zelf de prejudiciële vragen van feitenrechters beantwoordt (zoals een geïnterviewde suggereerde¹²⁵).

10. Rol partijen. Alvorens het verwijzingsarrest vast te stellen dienen de prejudiciële vragen aan de partijen te worden voorgelegd.

De civiele kamer is recent begonnen met het voorleggen van de vragen aan partijen, althans in één zaak; *Synthon*.¹²⁶ In deze zaak deed de Hoge Raad een (tussen)uitspraak met daarin de prejudiciële vragen en bood partijen de mogelijkheid om bij brief aan de voorzitter van de kamer binnen veertien dagen een reactie te geven.¹²⁷ Een kleine maand later volgde de verwijzingsuitspraak met daarin een extra subvraag.¹²⁸ Deze gang van zaken illustreert dat het betrekken van partijen niet alleen wenselijk is vanuit het idee hoor/wederhoor, maar ook daadwerkelijk aanleiding geeft om de vragen, hopelijk ten goede, bij te stellen. In de meeste recente verwijzing in *Rosbeek* zijn de partijen echter niet in de gelegenheid gesteld om zich

¹²¹ Coumans 2017; zie ook D. O' Dempsey, 'Drafting a good reference to the Court of Justice', https://www.cloisters.com/images/Declan_o_Dempsey_report_on_ERA_seminar_for_judiciary.pdf.

¹²² Coumans 2017.

¹²³ B. Ramascanu, 'Making a reference and formulating a question to the CJEU', http://www.ejtn.eu/Documents/About%20EJTN/Administrative%20Law%202016/AD201605%20Preliminary%20Ruling%20ER A%2019-20%20Sept/Ramascanu_PPT_Referring_questions_CJEU.pdf.

¹²⁴ Interview 41.

¹²⁵ Interview 41.

¹²⁶ Interview 27, 87.

¹²⁷ HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2643; vgl. HR 23 november 2018, ECLI:HR:2018:2174 (*FNV/ Silo-Tank kft*), r.o. 8.

¹²⁸ Vraag 2c. HR 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2834.

over de vragen uit te laten, simpelweg omdat dit, volgens geïnterviewden, ‘over het hoofd is gezien’ en ‘er doorheen geglipt’ is.¹²⁹

Met het voorleggen van de vragen aan partijen volgt de civiele kamer het voorbeeld van de belastingkamer en de Afdeling. Het is bovendien een vereiste in de nationale prejudiciële procedure. Art. 392 lid 2 bepaalt namelijk: ‘Alvorens de vraag te stellen, stelt de rechter partijen in de gelegenheid zich uit te laten over het voornemen om een vraag te stellen, alsmede over de inhoud van de te stellen vraag.’ De Hoge Raad kijkt ook streng in hoeverre dit is gebeurd bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van de vragen.¹³⁰ Het is dus niet vreemd dat de Hoge Raad voor zichzelf bij het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJ een zelfde aanpak voorschrijft. Ons lijkt het betrekken van partijen een goede werkwijze, hoewel moet worden benadrukt dat op grond van het EU-recht het initiatief tot het aanwenden van de prejudiciële procedure duidelijk bij de verwijzende rechter ligt. Deze procedure is geenszins bedoeld als rechtsmiddel voor partijen.¹³¹ Ook zou, anders dan bij de nationale prejudiciële procedure, een onderscheid moeten worden gemaakt tussen het voornemen om vragen te stellen en de formulering van de vragen. Het eerste is een prerogatief van de rechter. Wellicht dat de civiele kamer dit in tussenuitspraken duidelijker kan benadrukken om te voorkomen dat de reacties zich richten op de vraag of er überhaupt verwezen moet worden, zoals dat ook door andere rechters gedaan wordt.¹³² Partijen hebben namelijk niet altijd belang bij het stellen van prejudiciële vragen, terwijl dit vanuit (de uniformiteit van) het EU-recht wel wenselijk en noodzakelijk is.

De vraag is op welke manier de civiele kamer de partijen in de gelegenheid moet stellen om te reageren. Een tussenuitspraak ligt het meest voor de hand, hoewel de belastingkamer, de Afdeling, het CBb en de CRvB dit bijvoorbeeld niet doen.¹³³ Lagere rechters maken hier vaker gebruik van.¹³⁴ Het voordeel van een tussenuitspraak is dat het op die manier voor een verwijzende rechter ook gemakkelijker wordt om bepaalde (nationale) aspecten die niet relevant zijn voor de te stellen prejudiciële vragen buiten de verwijzingsuitspraak te laten. Dit had bijvoorbeeld gekund in *Synthon* waar prejudiciële vragen aan de Hoge Raad waren gesteld door het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden over de grenzen van de exhibitieplicht van art. 843a Rv aangaande de inzage, afschrift of uittreksel van bepaalde bescheiden.¹³⁵ De Hoge Raad kopte vier van de vijf vragen door naar het HvJ en deed de eerste vraag zelf af.¹³⁶ De verwijzingsuitspraak naar het HvJ bevat echter wel deze eerste vraag. De Hoge Raad had deze uiteenzetting ook achterwege kunnen laten om zodoende het HvJ niet te belasten met mogelijk overbodige informatie. Een ander voorbeeld is de verwijzingsuitspraak in *Stichting Brein* waarin, naast een uiteenzetting van de relevante vragen van uitleg, uitgebreid in wordt gegaan op klachten die niet tot cassatie kunnen leiden. Een tussenuitspraak zou ook hier

¹²⁹ Interview 27.

¹³⁰ Zie bijv. HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3636, r.o. 3. Hoewel de HR constateerde partijen zich niet hadden uitgelaten over de vragen (dit ‘is niet alleen in strijd met de wet, maar ook onwenselijk’), verbond hij daar geen consequenties aan. Vgl. 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3099, r.o. 3.

¹³¹ HvJ 6 oktober 1982, 283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*Cilfit*), punt 9.

¹³² Zie bijv. de Ierse Supreme Court in 27 maart 2017 [2017] IESC 19 (Clarke J.), r.o. 3.1-2. Vgl. ‘Partijen worden niet in de gelegenheid gesteld zich overigens uit te laten over dit vonnis of over het voornemen om prejudiciële vragen te stellen.’ Rb. Amsterdam 7 februari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:605, r.o. 5.28.

¹³³ De vraagstelling wordt volgens verwijzingsuitspraken in concept voorgelegd. Zie bijv. HR 23 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:265; HR 20 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:630. ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1351; CBb 17 juli 2018, ECLI:NL:CBB:2018:341; CRvB 20 september 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:2878.

¹³⁴ Zie bijv. de verwijzing in *Faber* (C-497/13), GH. Arnhem-Leeuwarden 9 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ6346 en 10 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6635; *Louboutin* (C-163/16) in Rb. Den Haag 1 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:3731 en 9 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:2350/

¹³⁵ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7521 (*Synthon*).

¹³⁶ Zie uitgebreider over het fenomeen van doorverwijzen, J. Krommendijk, ‘Samenloop van de nationale en EU prejudiciële procedure: Straight to the top of een hink-stap-sprong?’, *Themis* 179 (4) (2018), p. 149-158.

de mogelijkheid hebben geboden om de verwijzingsuitspraak te beperken tot het meest noodzakelijke voor het HvJ.¹³⁷

Overigens lijkt het ons niet nodig om partijen (nogmaals) in de gelegenheid te stellen om op de vragen te reageren als de A-G in zijn/ haar advies concrete prejudiciële vragen voorstelt en partijen daarop hebben gereageerd in hun Borgers-brieven. Dit gaat natuurlijk niet op als de Hoge Raad besluit om andere vragen te stellen of ze op een fundamenteel andere wijze formuleert.¹³⁸ Een andere lastige kwestie is dat de verwijzende rechter zich van tevoren goed moet bedenken wat het met de reacties van partijen doet en hoe het daar op reageert. Daarover valt in zijn algemeenheid evenwel weinig te zeggen.

Ten slotte

Zoals in de Inleiding is opgemerkt zijn de bovenstaande suggesties tot stand gekomen in samenspraak met de civiele kamer van de Hoge Raad, in het kader van de reflectie van de kamer op haar eigen verwijzingspraktijk alsmede gedane interviews. Tevens berusten zij op een analyse van de in tabel 1 opgenomen verwijzingen van de kamer. Dat neemt natuurlijk niet weg dat zij bovenal gebaseerd zijn op de inzichten van de schrijvers van dit artikel, en niet op die van (leden van) de kamer (anders dan de citaten uit interviews). De hier gepresenteerde checklist en de daarop gegeven toelichting bindt de kamer dan natuurlijk ook op geen enkele wijze. Wel hebben wij de pretentie dat reflectie op de verwijzingspraktijk van de civiele kamer van de Hoge Raad – als ook van andere hoogste rechters – langs de bovenstaande lijnen de kwaliteit van haar werk kan dienen. Als dat in de bovenstaande bijdrage doorklinkt, zijn wij tevreden. Voor dit moment althans, want de prejudiciële verwijzingspraktijk blijft zich razendsnel ontwikkelen. Het is van het grootste belang haar te blijven volgen, ook vanuit het hier ingenomen perspectief.

¹³⁷ Zie bijv. ook de uitgebreide tussenuitspraak van de Ierse High Court bestaande uit 340 paragrafen in *Schrems II*; High Court 3 oktober 2017 [2017] IEHC 545 (Costello J.). De verwijzingsuitspraak van 12 april 2018 bestaat slechts uit 46 paragrafen.

¹³⁸ Zie bijv. HR 23 november 2018, ECLI:HR:2018:2174 (*FNV/ Silo-Tank kft*).